

Η

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

5° ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της, στις 18 Νοεμβρίου 2022, με την εξής σύνθεση : Γαρυφαλλιά Σκιάνη, Πρόεδρος, Μιχαήλ Οικονόμου-Εισηγητής και Μαρία Βύρρα, Μέλη Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ.

Για να εξετάσει την με ΓΑΚ ΕΑΔΗΣΥ 1420/10.10.2022 προδικαστική προσφυγή του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...», όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά του «...» εφ' εξής (η αναθέτουσα Αρχή), νομίμως εκπροσωπούμενου.

Με την εξεταζόμενη προσφυγή επιδιώκεται να ακυρωθεί η υπ' αριθ. .../29-09-2022 με Α.Δ.Α.Μ. ... 22-09-30 διακήρυξη ανοιχτού ηλεκτρονικού διαγωνισμού κάτω των ορίων, προϋπολογισθείσης αξίας 72.171,00 € πλέον Φ.Π.Α.24 % για την ανάδειξη αναδόχου για την παροχή υπηρεσιών σίτισης από πέντε άτομα ήτοι δυο μαγείρων και τριών βοηθών μαγείρων, για τις ετήσιες ανάγκες της αναθέτουσας αρχής.

Αφού άκουσε τον εισηγητή

Μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφθηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της παρούσας καταβλήθηκε το οφειλόμενο παράβολο ύψους 600,00 € (βλ. προσκομιζόμενα το με κωδικό ... ηλεκτρονικό παράβολο, εκτύπωση οθόνης από την σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων (ΓΓΠΣ) του Υπουργείου Οικονομικών, στην οποία το ως άνω παράβολο εμφανίζεται με την ένδειξη «ΔΕΣΜΕΥΜΕΝΟ» και την εκτύπωση οθόνης από το ηλεκτρονικό σύστημα της οικείας Τράπεζας, στην οποία εμφανίζεται η πληρωμή του παραπάνω παραβόλου.

2. Επειδή, η προσφυγή, εν όψει του αντικειμένου του διαγωνισμού, της συνολικής προϋπολογισθείσας δαπάνης, σύμφωνα με το άρθρο 345 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 1 περ. α) του Π.Δ. 39/2017, καθώς και του χρόνου δημοσίευσης της Διακήρυξης, σύμφωνα με τα άρθρα 5 περ. β), 61 παρ. 1, 120 παρ. 1, 376 και 379 παρ. 7 του Ν. 4412/2016, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής των διατάξεων του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016 και στην καθ' ύλην και κατά χρόνο αρμοδιότητα της ΕΑΔΗΣΥ.

3. Επειδή, με την υπ' αριθ. 18522/29-09-2022 (αριθ. 16/2022, αρ. Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. ..., Α.Δ.Α.Μ.: ... 2022-09-30) διακήρυξη προκηρύχθηκε ανοιχτός ηλεκτρονικός διαγωνισμός κάτω των ορίων, για την ανάδειξη αναδόχου για την παροχή υπηρεσιών σίτισης από πέντε άτομα ήτοι: δυο μάγειρες και τρεις βοηθοί μαγείρων, για τις ετήσιες ανάγκες της αναθέτουσας Αρχής. Η διάρκεια της σύμβασης, που θα συναφθεί, ορίστηκε δώδεκα μήνες από την υπογραφή της και ως κριτήριο κατακύρωσης η πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, βάσει της τιμής (χαμηλότερη τιμή), στο σύνολο των ζητούμενων υπηρεσιών. Η αξία της σύμβασης ανέρχεται στο ποσό των 72.171,00 € πλέον Φ.Π.Α.24 %.

4. Επειδή, η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι το ύψος της προϋπολογισθείσας δαπάνης πρέπει να τροποποιηθεί κατάλληλα έτσι ώστε να καλύπτει το ελάχιστο νόμιμο εργατικό κόστος, που απαιτείται να καταβληθεί για την εκτέλεση της σύμβασης, σύμφωνα με τους όρους της διακήρυξης, προκειμένου να δοθεί η δυνατότητα των ενδιαφερομένων οικονομικών φορέων να διαμορφώσουν αναλόγως τις οικονομικές προσφορές του, και ότι το ελάχιστο νόμιμο εργατικό κόστος, καθώς και με την εισφορά υπέρ Ε.Λ.Π.Κ., όπως αναλυτικά προσδιορίζεται, δεν καλύπτεται από την προϋπολογισθείσα δαπάνη της προσβαλλόμενης διακήρυξης, ότι από τους ανωτέρω εκτιθέμενους αναλυτικούς, αριθμητικούς υπολογισμούς αποδεικνύεται ότι το ελάχιστο νόμιμο εργατικό κόστος, με την εισφορά υπέρ Ε.Λ.Π.Κ. δεν καλύπτεται από τον εκτιμώμενο προϋπολογισμό της υπό σύναψη σύμβασης, ότι ο προσβαλλόμενος όρος της διακήρυξης δεν διασφαλίζει την υποχρέωση του οικονομικού φορέα τήρησης των διατάξεων της κείμενης εργατικής νομοθεσίας και των όρων της

διακήρυξης για την υποχρέωση υπολογισμού στην προσφερόμενη τιμή της ελάχιστης εργατικής και ασφαλιστικής δαπάνης, ότι το προϋπολογισθέν ποσό των 71.171,00 € υπολείπεται του πραγματικού νομίμου εργατικού κόστους, ανερχομένου σε 87.480,24 €, κατά 15.309,24 € και, ως εκ τούτου, δεν επιτρέπει την διαμόρφωση βάσιμης και ρεαλιστικής οικονομικής προσφοράς, σύμφωνης με τους όρους της διακήρυξης, λαμβανομένου υπ' όψη ότι, σύμφωνα με τον σχετικό όρο 2.4.4 δ' της διακήρυξης, δεν επιτρέπεται η προσφερόμενη τιμή να υπερβαίνει την προϋπολογισθείσα δαπάνη της διακήρυξης και ότι η εκ μέρους του υποβολή προσφοράς καθίσταται αδύνατη λόγω του προσβαλλόμενου όρου της διακήρυξης, διότι δεν επιτρέπει τη σύνταξη νόμιμης, κατά τα ανωτέρω εκτεθέντα, προσφοράς, με συνέπεια να μην καθίσταται δυνατή η συμμετοχή του στον προκηρυχθέντα διαγωνισμό.

5. Επειδή, η προσβαλλόμενη διακήρυξη, αναρτήθηκε στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. με συστημικό αριθμό ... στις 29/09/2022. Η προσφεύγουσα εταιρεία έλαβε γνώση της διακήρυξης και των όρων της την 05-10-2022, όταν και υπέβαλε, με το υπό ίδια ημερομηνία έγγραφό της, αίτημα παροχής διευκρινίσεων επί του προσβαλλόμενου όρου της διακήρυξης. Συνεπώς, από την επομένη της κατά τα ανωτέρω γνώσης εκκίνησε η δεκαήμερη προθεσμία που ορίζεται στα άρθρα 4§2 του Π.Δ. 39/2017 και 361§2 του ν. 4412/2016 για την άσκηση της παρούσης προσφυγής. Συνεπώς, η υπό κρίση προσφυγή ασκείται εμπροθέσμως.

6. Επειδή, η αναθέτουσα Αρχή, με τις από 21/10/2022 απόψεις της, υποστηρίζει ότι *«Με την σχετική Απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου του εγκρίθηκε η οικονομοτεχνική μελέτη της αρμόδιας επιτροπής σύμφωνα με την οποία, για την παροχή υπηρεσιών σίτισης (παρασκευής γευμάτων μάγειρες και βοηθοί μαγείρων), προκύπτει όφελος για το ... με την προσφυγή σε διαγωνιστική διαδικασία. Για τον προσδιορισμό του ενδεικτικού προϋπολογισμού της οικονομοτεχνικής μελέτης ελήφθη υπόψη ως συγκριτικό στοιχείο η μηνιαία δαπάνη ανά άτομο ποσού 1.202,85 € + ΦΠΑ ή 1.491,53€ συμ/νου του ΦΠΑ. Η εν λόγω μηνιαία δαπάνη καταβάλλεται από το ... μας έως και σήμερα για την παροχή των εν θέματι υπηρεσιών. Επίσης το β' σχετικό έγγραφο του*

Υπουργείου Υγείας μεταξύ άλλων αναφέρει: « Οι εποπτευόμενοι φορείς του Υπουργείου Υγείας δύνανται να επιλέξουν έναν (1) από τους εναλλακτικούς τρόπους κάλυψης των υπηρεσιών Καθαριότητας Φύλαξης, Εστίασης και Σίτισης (είτε σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 63 του Ν. 4430/2016, είτε σύμφωνα με το Άρθρο 3 του Ν. 4542/2018, είτε σύμφωνα με τη νομοθεσία περί προμηθειών} με γνώμονα το δημοσιονομικό όφελος». Επιπλέον το άρθρο 3 του Ν. 4542/2018 ορίζει: «2.α) Για την κάλυψη επιτακτικών αναγκών των δημόσιων Φορέων Παροχής Υπηρεσιών Υγείας, των Δ.Υ.ΠΕ., του Ε.Κ.Α.Β., του Ε.Ο.Π.Υ.Υ., του Ε.Κ.Ε.Α., του Ε.Ο.Φ., του Γ.Ν. Θεσσαλονίκης «Γ. Παπαγεωργίου» και της Α.Ε.Μ.Υ. για το ... της Θήρας καταρτίζονται, σε κάθε Διοίκηση Υγειονομικής Περιφέρειας (Δ.Υ.ΠΕ.) της χώρας, ηλεκτρονικοί κατάλογοι λοιπού, πλην ιατρών, επικουρικού προσωπικού, ανά κατηγορία και κλάδο, για όλους τους κλάδους προσωπικού, ανεξάρτητα από την ύπαρξη κενών οργανικών θέσεων, στους οποίους εγγράφονται όσοι κατέχουν αντίστοιχο τίτλο σπουδών και άδεια άσκησης επαγγέλματος, όπου απαιτείται». Τέλος σύμφωνα με την παρ. 11 του άρθρου 6 του Ν. 4412/2016: «11. Όταν πρόκειται για δημόσιες συμβάσεις προμηθειών ή υπηρεσιών οι οποίες έχουν περιοδικό χαρακτήρα ή οι οποίες προβλέπεται να ανανεωθούν μέσα σε συγκεκριμένο χρονικό διάστημα, λαμβάνεται ως βάση για τον υπολογισμό της εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης: α) είτε η συνολική πραγματική αξία των διαδοχικών συμβάσεων του ιδίου τύπου οι οποίες συνήφθησαν κατά το προηγούμενο δωδεκάμηνο ή οικονομικό έτος, αναπροσαρμοσμένη, ει δυνατόν, προκειμένου να ληφθούν υπόψη ενδεχόμενες μεταβολές ως προς τις ποσότητες ή την αξία τους κατά τους δώδεκα μήνες που έπονται της αρχικής σύμβασης· β) είτε η εκτιμώμενη συνολική αξία των διαδοχικών συμβάσεων που συνήφθησαν κατά το δωδεκάμηνο που έπεται της πρώτης παράδοσης ή κατά τη διάρκεια του οικονομικού έτους, εφόσον αυτό υπερβαίνει τους δώδεκα μήνες». Λαμβάνοντας υπόψη τα παραπάνω και την σημασία της συγκεκριμένης υπηρεσίας για την εύρυθμη λειτουργία του ...υ παρακαλούμε για την απόρριψη της ως άνω προδικαστικής προσφυγής».

7. Επειδή, στον ν. 4412/2016 ορίζεται: «α) Στο άρθρο 18 [Αρχές εφαρμοζόμενες στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων, (άρθρο 18 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ)]: «1. Οι αναθέτουσες αρχές αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς ισότιμα και χωρίς διακρίσεις και ενεργούν με διαφάνεια, τηρώντας την αρχή της αναλογικότητας, της αμοιβαίας αναγνώρισης, της προστασίας του δημόσιου συμφέροντος, της προστασίας των δικαιωμάτων των ιδιωτών, της ελευθερίας του ανταγωνισμού και της προστασίας του περιβάλλοντος και της βιώσιμης και αειφόρου ανάπτυξης. Ο σχεδιασμός των διαδικασιών σύναψης συμβάσεων δεν γίνεται με σκοπό την εξαιρέσή τους από το πεδίο εφαρμογής του παρόντος Βιβλίου (άρθρα 3 έως 221) ή τον τεχνητό περιορισμό του ανταγωνισμού. Ο ανταγωνισμός θεωρείται ότι περιορίζεται τεχνητά όταν οι διαδικασίες σύναψης συμβάσεων έχουν σχεδιαστεί με σκοπό την αδικαιολόγητα ευνοϊκή ή δυσμενή μεταχείριση ορισμένων οικονομικών φορέων. Οι αναθέτουσες αρχές λαμβάνουν τα αναγκαία μέτρα ώστε να διασφαλίζεται η αποτελεσματικότητα των διαδικασιών σύναψης δημοσίων συμβάσεων και η χρηστή δημοσιονομική διαχείριση των διατιθέμενων προς το σκοπό αυτό δημοσίων πόρων. 2. Κατά την εκτέλεση των δημοσίων συμβάσεων, οι οικονομικοί φορείς τηρούν τις υποχρεώσεις τους που απορρέουν από τις διατάξεις της περιβαλλοντικής, κοινωνικοασφαλιστικής και εργατικής νομοθεσίας, που έχουν θεσπισθεί με το δίκαιο της Ένωσης, το εθνικό δίκαιο, συλλογικές συμβάσεις ή διεθνείς διατάξεις περιβαλλοντικού, κοινωνικού και εργατικού δικαίου, οι οποίες απαριθμούνται στο Παράρτημα Χ του Προσαρτήματος Α'. Η τήρηση των εν λόγω υποχρεώσεων ελέγχεται και βεβαιώνεται από τα όργανα που επιβλέπουν την εκτέλεση των δημοσίων συμβάσεων και τις αρμόδιες δημόσιες αρχές και υπηρεσίες που ενεργούν εντός των ορίων της ευθύνης και της αρμοδιότητάς τους. 3. Οι ανάδοχοι δημοσίων συμβάσεων εντάσσονται κατά προτεραιότητα στα προγράμματα επιθεωρήσεων και ελέγχων του Σώματος Επιθεώρησης Εργασίας (Σ.ΕΠ.Ε.), σύμφωνα με το π.δ. 113/2014 (Α' 180) και του Σώματος Επιθεώρησης Περιβάλλοντος, Δόμησης, Ενέργειας και Μεταλλείων, σύμφωνα με το π.δ. 100/2014 (Α' 167), εφόσον πληρούν τα ειδικότερα κριτήρια που ορίζονται στις διατάξεις που

διέπουν τη λειτουργία των υπηρεσιών αυτών. 4. Η υποχρέωση της παραγράφου 2: (α) επισημαίνεται στα έγγραφα της σύμβασης, σύμφωνα με το άρθρο 53 και (β) αποτελεί ειδικό όρο της σύμβασης, σύμφωνα με το άρθρο 130. 5. Η αθέτηση της υποχρέωσης της παραγράφου 2 συνιστά σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα του οικονομικού φορέα κατά την έννοια της περίπτωσης θ' της παραγράφου 4 του άρθρου 73, κατά τα ειδικότερα οριζόμενα στις κείμενες διατάξεις. Ειδικά, κατά τη διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης παροχής υπηρεσιών καθαρισμού ή/και φύλαξης, ως σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα νοούνται ιδίως τα προβλεπόμενα στο δεύτερο εδάφιο της περίπτωσης γ' της παρ. 2 του άρθρου 68 του ν. 3863/2010 (Α' 115).» β) Στο άρθρο 53 [Περιεχόμενο εγγράφων της σύμβασης]: «1. Οι όροι των εγγράφων της σύμβασης πρέπει να είναι σαφείς και πλήρεις ώστε να επιτρέπουν την υποβολή άρτιων και συγκρίσιμων μεταξύ τους προσφορών. 2. Τα έγγραφα της σύμβασης, πλην της προκήρυξης σύμβασης του άρθρου 63 και της προκαταρκτικής προκήρυξης του άρθρου 62 σε περίπτωση που χρησιμοποιείται ως μέσο προκήρυξης του διαγωνισμού, περιέχουν ιδίως: [...]ε) ακριβή περιγραφή του φυσικού αντικείμενου της σύμβασης [...], ια) τα τεχνικά χαρακτηριστικά (προδιαγραφές), την ποσότητα και την περιγραφή των αγαθών, υπηρεσιών ή έργων, τον τρόπο της εκτέλεσης του ελέγχου και της διασφάλισης της ποιότητας, την προθεσμία για την εκτέλεση της σύμβασης, τον τόπο και χρόνο εκτέλεσης, καθώς και άλλα χαρακτηριστικά, ανάλογα με το αντικείμενο της σύμβασης, [...] ιζ) τους απαράβατους όρους, απόκλιση από τους οποίους συνεπάγεται την απόρριψη της προσφοράς,[...] κ) τα απαιτούμενα αποδεικτικά μέσα, όπως δηλώσεις και δικαιολογητικά, [.....]».

8. Επειδή, όπως συνάγεται από τις διατάξεις του ν. 4412/2016, το θεσπιζόμενο με τον νόμο αυτό σύστημα παροχής προστασίας, κατά το στάδιο που προηγείται της σύναψης της σύμβασης, σκοπεί στην προστασία όσων ενδιαφέρονται να τους ανατεθούν οι ανωτέρω συμβάσεις, έναντι της βλάβης, την οποία υφίστανται ή ενδέχεται να υποστούν από την παράβαση εκ μέρους της αναθέτουσας Αρχής των κανόνων, οι οποίοι καθορίζουν τις προϋποθέσεις συμμετοχής στον διαγωνισμό, τη διαδικασία επιλογής του αναδόχου της

σύμβασης, που πρόκειται να συναφθεί, καθώς και τα κριτήρια, βάσει των οποίων θα αναδειχθεί ο ανάδοχος. Επομένως, κατά την έννοια των διατάξεων αυτών, εάν ο ενδιαφερόμενος για την ανάθεση δημόσιας σύμβασης ασκήσει προδικαστική προσφυγή κατά σχετικής διακήρυξης, πρέπει, προκειμένου να θεωρηθεί ότι ασκεί αυτήν με έννομο συμφέρον, να επικαλεσθεί άμεση βλάβη από όρο της διακήρυξης, ο οποίος παραβιάζει, κατ' αυτόν, τους κανόνες που αφορούν στις προϋποθέσεις συμμετοχής στον διαγωνισμό, στη διαδικασία επιλογής του αναδόχου ή στα εφαρμοστέα για την ανάδειξή του κριτήρια, σε σημείο που να αποκλείει ή να καθιστά ουσιωδώς δυσχερή την συμμετοχή του στο διαγωνισμό (ΕΑ ΣτΕ 86/2018, 12-15/2018 Ολομ., 146-148/2016 Ολομ., 129-131/2016 Ολομ., ΔΕΚ C-230/2002, Grossman Air Services). Συνεπώς, ως επίκληση βλάβης νοείται όχι η απλή επίκληση παρανομίας ή η κατά γενικό τρόπο προβολή παράβασης διαφόρων διατάξεων οποιουδήποτε επιπέδου, αλλά η επίκληση και ανάδειξη των συγκεκριμένων και αρκούντως εξειδικευόμενων στοιχείων, που αφορούν στη νομική ή πραγματική κατάσταση του συγκεκριμένου συμμετέχοντος, και εκ των οποίων είτε αποκλείεται είτε καθίσταται υπερβολικά δυσχερής η συμμετοχή του στο διαγωνισμό, είτε προδιαγράφεται (άμεσα ή έμμεσα) εις βάρος του το αποτέλεσμα του, λόγω αδυναμίας του να εκπληρώσει τις απαιτούμενες προϋποθέσεις (ΕΑ ΣτΕ 86/2018, ΕΑ ΣτΕ 146-8/2016, 965/2010, 1046/2009, 1149/2009). Όλα τα ανωτέρω ισχύουν, όχι μόνον στην περίπτωση που ο ενδιαφερόμενος να του ανατεθεί η σύμβαση εν τέλει δεν μετέσχε στον διαγωνισμό, αλλά και στην περίπτωση που ο τελευταίος μετάσχει στο διαγωνισμό με επιφύλαξη (ΕΑ ΣτΕ 353/2018, 146-148/2016 Ολομ., 16/2015, 718/2012, 616/2012). Επειδή, όσον αφορά στη θεμελίωση του εννόμου συμφέροντος για την άσκηση προδικαστικής προσφυγής κατά όρων διακήρυξης, η προσφεύγουσα πρέπει να επικαλεσθεί άμεση βλάβη από τον όρο της διακήρυξης, ο οποίος παραβιάζει, κατ' αυτήν, τους κανόνες που αφορούν στις προϋποθέσεις συμμετοχής στο διαγωνισμό, στη διαδικασία επιλογής του αναδόχου ή στα εφαρμοστέα για την ανάδειξή του κριτήρια, σε σημείο που να αποκλείει ή να καθιστά ουσιωδώς δυσχερή τη συμμετοχή της στον διαγωνισμό (βλ. ενδεικτικά ΕΑ ΣτΕ 148/2016 Ολομ., ΕΑ

ασφ. 415/2014, Δημήτριος Γ. Ράικος, Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων, Β' έκδοση, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2017, σελ. 756) [Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. Σ554/2022 - 8] Η προσφεύγουσα δραστηριοποιείται και στον τομέα εστίασης επιδιώκει δε να συμμετάσχει στον προκηρυχθέντα με την ανωτέρω διακήρυξη διαγωνισμό, με σκοπό να αναλάβει τη σύμβαση. Όμως, ο προσβαλλόμενος με την παρούσα όρος της διακήρυξης, κατά την προσφεύγουσα, καθιστά ανέφικτη τη διαμόρφωση βάσιμης και ρεαλιστικής οικονομικής προσφοράς, σύμφωνης με τους όρους της διακήρυξης, και, ως εκ τούτου, εμποδίζει την υποβολή προσφοράς εκ μέρους της για τη συμμετοχή στον διαγωνισμό, εν όψει του ότι η προσφερόμενη τιμή δεν πρέπει να υπερβαίνει την προϋπολογισθείσα δαπάνη. Συνεπώς, η προσφεύγουσα θεμελιώνει άμεσο και ενεστώως έννομο συμφέρον, κατά την έννοια των διατάξεων του άρθρου 360 του ν. 4412/2016 και του άρθρου 3 του Π.Δ. 39/2017, προσβολής της διακήρυξης για την πλημμέλεια του συγκεκριμένου όρου.

9. Επειδή, η διακήρυξη που διέπει τον επίμαχο διαγωνισμό ορίζει: «α) 1.3 [Συνοπτική Περιγραφή φυσικού και οικονομικού αντικείμενου της σύμβασης] «Αντικείμενο της σύμβασης είναι η «Ανάδειξη αναδόχου για την παροχή υπηρεσιών σίτισης, από πέντε (5) άτομα ήτοι: δύο (2) μάγειρες & τρεις (3) βοηθοί μαγείρων για τις ετήσιες ανάγκες του ... "...", όπως αναλυτικά αναφέρεται στο ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ II της παρούσης. Η ανάδοχος εταιρεία που θα αναλάβει την κάλυψη των αναγκών του τμήματος Διατροφής θα πρέπει να διαθέτει δύο (2) μάγειρες και τρεις (3) βοηθούς μαγείρων καθημερινά, καθώς και Κυριακές και αργίες με κυκλικό ωράριο 7.30-13.30μ.μ (πρωινή βάρδια) και 13.30 - 19.30μ.μ (απογευματινή βάρδια). Το ανωτέρω προσωπικό θα εργάζεται πέντε (5) ημέρες την εβδομάδα και στα ρεπό τους η εταιρεία θα αντικαθιστά τους εργαζόμενους που απουσιάζουν για οποιονδήποτε λόγο με άλλο εκπαιδευμένο προσωπικό ώστε το σύνολο των εργαζόμενων να μην μεταβάλλεται. Οι παρεχόμενες υπηρεσίες κατατάσσονται στον ακόλουθο κωδικό του Κοινού Λεξιλογίου δημοσίων συμβάσεων [CPV : ...-... Υπηρεσίες παρασκευής γευμάτων] Προσφορές υποβάλλονται για το σύνολο των υπηρεσιών (μάγειρες & βοηθοί μαγείρων). Η εκτιμώμενη αξία της σύμβασης

ανέρχεται στο ποσό των 72.171,00€ μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ 24% (εκτιμώμενη αξία συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ: 89.492,04€ συμπ/νου του ΦΠΑ.). Η διάρκεια της σύμβασης ορίζεται σε δώδεκα (12) μήνες από την υπογραφή της. Αναλυτική περιγραφή του φυσικού και οικονομικού αντικειμένου της σύμβασης δίδεται στο ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Ι της παρούσας διακήρυξης. Η σύμβαση θα ανατεθεί με το κριτήριο της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς, βάσει της τιμής, (χαμηλότερη τιμή) στο σύνολο των ζητούμενων υπηρεσιών.» β) 1.4 [θεσμικό πλαίσιο] «Η ανάθεση και εκτέλεση της σύμβασης διέπονται από την κείμενη νομοθεσία και τις κατ' εξουσιοδότηση αυτής εκδοθείσες κανονιστικές πράξεις, όπως ισχύουν και ιδίως: του ν. 4412/2016 (Α' 147) "Δημόσιες Συμβάσεις Έργων, Προμηθειών και Υπηρεσιών (προσαρμογή στις Οδηγίες 2014/24/ ΕΕ και 2014/25/ΕΕ)» ... των σε εκτέλεση των ανωτέρω νόμων εκδοθεισών κανονιστικών πράξεων, των λοιπών διατάξεων που αναφέρονται ρητά ή απορρέουν από τα οριζόμενα στα συμβατικά τεύχη της παρούσας, καθώς και του συνόλου των διατάξεων του ασφαλιστικού, εργατικού, κοινωνικού, περιβαλλοντικού και φορολογικού δικαίου που διέπει την ανάθεση και εκτέλεση της παρούσας σύμβασης, έστω και αν δεν αναφέρονται ρητά παραπάνω.» γ) 1.7 [Αρχές Εφαρμοζόμενες στη διαδικασία σύναψης] «Οι οικονομικοί φορείς δεσμεύονται ότι: α) τηρούν και θα εξακολουθήσουν να τηρούν κατά την εκτέλεση της σύμβασης, εφόσον επιλεγούν, τις υποχρεώσεις τους που απορρέουν από τις διατάξεις της περιβαλλοντικής, κοινωνικοασφαλιστικής και εργατικής νομοθεσίας, που έχουν θεσπιστεί με το δίκαιο της Ένωσης, το εθνικό δίκαιο, συλλογικές συμβάσεις ή διεθνείς διατάξεις περιβαλλοντικού, κοινωνικού και εργατικού δικαίου, οι οποίες απαριθμούνται στο Παράρτημα Χ του Προσαρτήματος Α του ν. 4412/2016. Η τήρηση των εν λόγω υποχρεώσεων ελέγχεται και βεβαιώνεται από τα όργανα που επιβλέπουν την εκτέλεση των δημοσίων συμβάσεων και τις αρμόδιες δημόσιες αρχές και υπηρεσίες που ενεργούν εντός των ορίων της ευθύνης και της αρμοδιότητάς τους....» δ) 2.4.4 [Περιεχόμενα Φακέλου «Οικονομική Προσφορά» / Τρόπος σύνταξης και υποβολής οικονομικών προσφορών] «Η Οικονομική Προσφορά συντάσσεται με βάση το αναγραφόμενο στην παρούσα

κριτήριο ανάθεσης που είναι η πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά μόνο βάσει τιμής. Οι τιμές των παρεχόμενων υπηρεσιών δίνονται σε ΕΥΡΩ. Αν στο ηλεκτρονικό σύστημα δεν μπορεί να αποτυπωθεί αναλυτικά η οικονομική προσφορά, ο προσφέρων θα επισυνάψει στον (υπο)φάκελλο "οικονομική προσφορά" την ηλεκτρονική οικονομική προσφορά του ηλεκτρονικά υπογεγραμμένη και τα σχετικά ηλεκτρονικά αρχεία (σύμφωνα με το υπόδειγμα που υπάρχει στο Παράρτημα IV της παρούσας διακήρυξης) σε μορφή pdf. Στην τιμή περιλαμβάνονται οι υπέρ τρίτων κρατήσεις, ως και κάθε άλλη επιβάρυνση, σύμφωνα με την κείμενη νομοθεσία, μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α., για την παράδοση του υλικού στον τόπο και με τον τρόπο που προβλέπεται στα έγγραφα της σύμβασης. Οι υπέρ τρίτων κρατήσεις υπόκεινται στο εκάστοτε ισχύον αναλογικό τέλος χαρτοσήμου 3% και στην επ' αυτού εισφορά υπέρ ΟΓΑ 20%. Επισημαίνεται ότι το εκάστοτε ποσοστό Φ.Π.Α. επί τοις εκατό, της ανωτέρω τιμής θα υπολογίζεται αυτόματα από το σύστημα. Οι προσφερόμενες τιμές είναι σταθερές καθ' όλη τη διάρκεια της σύμβασης και δεν αναπροσαρμόζονται. Ως απαράδεκτες θα απορρίπτονται προσφορές στις οποίες: α) δεν δίνεται τιμή σε ΕΥΡΩ ή που καθορίζεται σχέση ΕΥΡΩ προς ξένο νόμισμα, β) δεν προκύπτει με σαφήνεια η προσφερόμενη τιμή, με την επιφύλαξη της παρ. 4 του άρθρου 102 του ν. 4412/2016, γ) η προσφορά θέτει όρο αναπροσαρμογής τιμής και δ) η τιμή υπερβαίνει τον προϋπολογισμό της σύμβασης που καθορίζεται στο κεφ. 1.3 της διακήρυξης» ε) 2.4.6 [Λόγοι απόρριψης προσφορών] «Η αναθέτουσα αρχή με βάση τα αποτελέσματα του ελέγχου και της αξιολόγησης των προσφορών, απορρίπτει, σε κάθε περίπτωση, προσφορά: α) η οποία αποκλίνει από απαράβατους όρους περί σύνταξης και υποβολής της προσφοράς, ή δεν υποβάλλεται εμπρόθεσμα με τον τρόπο και με το περιεχόμενο που ορίζεται στην παρούσα και συγκεκριμένα στις παραγράφους 2.4.1 (Γενικοί όροι υποβολής προσφορών), 2.4.2. (Χρόνος και τρόπος υποβολής προσφορών), 2.4.3. (Περιεχόμενο φακέλων δικαιολογητικών συμμετοχής, τεχνικής προσφοράς), 2.4.5. (Χρόνος ισχύος προσφορών), 3.1. (Αποσφράγιση και αξιολόγηση προσφορών), 3.2 (Πρόσκληση υποβολής δικαιολογητικών προσωρινού αναδόχου) της παρούσας...» Από τους ως άνω

όρους της διακήρυξης, προκύπτει ότι ο ανάδοχος, που θα αναλάβει την κάλυψη των αναγκών του τμήματος Διατροφής, θα πρέπει να διαθέτει δύο (2) μάγειρες και τρεις (3) βοηθούς μαγείρων καθημερινά, καθώς και Κυριακές και αργίες, με κυκλικό ωράριο 7.30-13.30μ.μ. (πρωινή βάρδια) και 13.30-19.30μ.μ. (απογευματινή βάρδια). Το ανωτέρω προσωπικό θα εργάζεται πέντε (5) ημέρες την εβδομάδα και στα ρεπό τους η εταιρεία θα αντικαθιστά τους εργαζόμενους που απουσιάζουν για οποιονδήποτε λόγο με άλλο εκπαιδευμένο προσωπικό ώστε το σύνολο των εργαζομένων να μην μεταβάλλεται».

10. Επειδή, σύμφωνα με την αρχή της νομιμότητας, που διέπει το σύνολο της διοικητικής δράσης, κάθε διακήρυξη δημόσιου διαγωνισμού πρέπει να ερμηνεύεται ως επιβάλλουσα την τήρηση των κείμενων διατάξεων της εργατικής νομοθεσίας περί της κατώτερης νόμιμης αμοιβής της εργασίας και της νομοθεσίας περί κοινωνικής ασφάλισης. Αντίθετη εκδοχή δημιουργεί ζητήματα ως προς την εφαρμογή διατάξεων αναγκαστικού δικαίου και της προστασίας των εργαζομένων αλλά και συνθήκες αθέμιτου ανταγωνισμού και προσκρούει, για το λόγο αυτό, και στις αρχές της ισότητας των διαγωνιζομένων και της διαφάνειας της διαδικασίας (βλ. σχετικά ΕΑ ΣτΕ 134/2011, 1100/2010, 873/2010, 628/2010, 58/2009, 1344/2008, 840/2008, 791/2008, 1172/2008, 1090/2006, 4058/2001, 805/2001), αφού οδηγεί σε μειονεκτική θέση τους καλόπιστους διαγωνιζόμενους, οι οποίοι διαμορφώνουν την προσφορά τους, σεβόμενοι τις απαιτήσεις του νόμου και της διακήρυξης, ως προς ό,τι αφορά στους όρους αμοιβής και ασφάλισης του απασχολούμενου προσωπικού.

11. Επειδή, όπως έχει παγίως κριθεί, προσφορά, η οποία παραβιάζει την εργατική νομοθεσία, νόμιμα αποκλείεται από τον διαγωνισμό ως μη νόμιμη. Επίσης είναι απορριπτέα, ως προφανώς ζημιογόνος, οικονομική προσφορά που υπολείπεται του ελάχιστου εργατικού και ασφαλιστικού κόστους του προσωπικού που θα απασχοληθεί με την παροχή των υπηρεσιών, όπως το κόστος αυτό προσδιορίζεται από την ισχύουσα εργατική και ασφαλιστική νομοθεσία, στις οποίες ρητώς παραπέμπει και η επίμαχη διακήρυξη (πρβλ. ΕΑ ΣτΕ 1255/2009, 1344/2008, 1090/2006). Ομοίως έχει δε κριθεί, ότι οικονομική προσφορά, που δεν περιλαμβάνει τις νόμιμες εργατικές δαπάνες και τις νόμιμες

κρατήσεις και ασφαλιστικές κρατήσεις, παραβιάζουσα ρητούς όρους της διακήρυξης και της νομοθεσίας, ενώ, αν αφαιρεθούν οι εργατικές δαπάνες και οι ασφαλιστικές κρατήσεις αυτές από την προσφερόμενη τιμή το ποσό της προσφοράς υπολείπεται του κατώτερου νόμιμου εργατικού κόστους, θα πρέπει να απορριφθεί ως μη σύμφωνη και με τις διατάξεις της διακήρυξης, που επιβάλλουν την τήρηση των διατάξεων της εργατικής νομοθεσίας και την καταβολή των νόμιμων αποδοχών στους εργαζομένους από τον ανάδοχο (βλ. ΕΑ ΣτΕ 840/2008). Κατόπιν τούτου, το ύψος της προϋπολογισθείσης δαπάνης πρέπει να τροποποιηθεί κατάλληλα έτσι ώστε να καλύπτει το ελάχιστο νόμιμο εργατικό κόστος, που απαιτείται να καταβληθεί για την εκτέλεση της σύμβασης σύμφωνα με τους όρους της διακήρυξης, προκειμένου να δοθεί η δυνατότητα των ενδιαφερομένων οικονομικών φορέων να διαμορφώσουν αναλόγως τις οικονομικές προσφορές τους.

12. Επειδή, η προσφεύγουσα με αναλυτικούς υπολογισμούς προβάλλει στην προσφυγή, ότι το ΣΥΝΟΛΙΚΟ ΜΗΝΙΑΙΟ ΕΡΓΑΤΙΚΟ ΚΟΣΤΟΣ ΓΙΑ ΤΗΝ ΑΠΑΣΧΟΛΗΣΗ 2 ΜΑΓΕΙΡΩΝ ανέρχεται στο κάτωθι ποσό

ΤΑΚΤΙΚΕΣ ΑΠΟΔΟΧΕΣ	2.348,66 €
ΚΟΣΤΟΣ ΠΡΟΣΑΥΞΗΣΕΩΝ ΚΥΡΙΑΚΩΝ	262,41 €
ΚΟΣΤΟΣ ΠΡΟΣΑΥΞΗΣΕΩΝ ΑΡΓΙΩΝ	45,29 €
ΜΗΝΙΑΙΟ ΚΟΣΤΟΣ	2.656,36 €
ΕΙΣΦΟΡΑ ΥΠΕΡ ΕΛΠΚ (3 φυσικά άτομα * 20,00 €/12 μήνες)	5,00 €
ΣΥΝΟΛΙΚΟ ΜΗΝΙΑΙΟ ΚΟΣΤΟΣ ΜΕ ΕΙΣΦΟΡΑ ΥΠΕΡ ΕΛΠΚ	2.661,36 €

ενώ το ΣΥΝΟΛΙΚΟ ΜΗΝΙΑΙΟ ΕΡΓΑΤΙΚΟ ΚΟΣΤΟΣ ΓΙΑ ΤΗΝ ΑΠΑΣΧΟΛΗΣΗ 3 ΒΟΗΘΩΝ ΜΑΓΕΙΡΩΝ ανέρχεται στο κάτωθι ποσό.

ΤΑΚΤΙΚΕΣ ΑΠΟΔΟΧΕΣ	4.103,38 €
ΚΟΣΤΟΣ ΠΡΟΣΑΥΞΗΣΕΩΝ ΚΥΡΙΑΚΩΝ	440,86 €
ΚΟΣΤΟΣ ΠΡΟΣΑΥΞΗΣΕΩΝ ΑΡΓΙΩΝ	76,09 €
ΜΗΝΙΑΙΟ ΚΟΣΤΟΣ	4.620,33 €

ΕΙΣΦΟΡΑ ΥΠΕΡ ΕΛΠΚ (5 φυσικά άτομα * 20,00 € /12 μήνες)	8,33 €
ΣΥΝΟΛΙΚΟ ΜΗΝΙΑΙΟ ΚΟΣΤΟΣ ΜΕ ΕΙΣΦΟΡΑ ΥΠΕΡ ΕΛΠΚ	4.628,66 €

Από την συνολική επισκόπηση του επίμαχου φακέλλου και τις πρόνοιες της προσβαλλόμενης διακήρυξης, κατά τους βάσιμους υπολογισμούς της προσφεύγουσας, οι οποίοι ουδόλως αντικρούονται από την αναθέτουσα Αρχή, η συνολική μηνιαία δαπάνη για την απασχόληση του προσωπικού που απαιτεί η διακήρυξη ανέρχεται στο ποσό των 7.290,02 € (2.661,36 € για τους Μάγειρες και 4.628,66 € για τους Βοηθούς Μαγείρων), ήτοι συνολικά το έτος το εργατικό κόστος ανέρχεται σε 87.480,24 € (7.290,02 € * 12 μήνες). Από τα ανωτέρω προκύπτει, ότι το συνολικό κόστος των 87.480,24 ευρώ, στο οποίο περιλαμβάνεται μόνο το εργατικό κόστος και η εργοδοτική εισφορά υπέρ ΕΛΠΚ, (χωρίς να συνυπολογίζεται η δαπάνη για το Διοικητικό Κόστος, το Κόστος Αναλωσίμων, το Εργολαβικό Κέρδος και οι νόμιμες κρατήσεις) υπολείπεται του ετησίου προϋπολογισμού του έργου, που ανέρχεται στο ποσό των 72.171,00 ευρώ (χωρίς το Φ.Π.Α.), κατά -15.309,24 ευρώ, ως βασίμως υποστηρίζει η προσφεύγουσα. Σημειωτέον ότι, σύμφωνα με το άρθρο 68 του Ν.3863/2010, είναι ρητή η υποχρέωση των εταιρειών παροχής υπηρεσιών καθαριότητας (εργολάβοι) στην προσφορά τους σε διαγωνισμούς, να υπολογίζουν εύλογο ποσοστό διοικητικού κόστους παροχής των υπηρεσιών τους, των αναλώσιμων, του εργολαβικού τους κέρδους και των νόμιμων υπέρ Δημοσίου και τρίτων κρατήσεων. Κατ' επέκταση, το έλλειμμα του προϋπολογισμού των 15.309,24 ευρώ, ως ανωτέρω είναι μεγαλύτερο, αν συνυπολογιστούν η δαπάνη για το διοικητικό κόστος, το κόστος αναλωσίμων, το εργολαβικό κέρδος και οι νόμιμες κρατήσεις. Οι ανωτέρω υπολογισμοί έχουν γίνει με βάση τις ελάχιστες νόμιμες αποδοχές και συγκεκριμένα το μισθολογικό κλιμάκιο εργαζομένων με 0 - 3 έτη εμπειρία, ενώ βάσει διακήρυξης είναι ρητή η υποχρέωση του αναδόχου να απασχολήσει προσωπικό που να έχει εμπειρία σε ανάλογη θέση και συγκεκριμένα να έχουν αποδεδειγμένη με ένσημα εμπειρία 3 ετών.

13. Επειδή, από τα ανωτέρω εκτεθέντα συνάγεται βάσιμα, ότι το ελάχιστο νόμιμο εργατικό κόστος, καθώς και με την εισφορά υπέρ Ε.Λ.Π.Κ., όπως ανωτέρω αναλυτικά προσδιορίζεται, δεν καλύπτεται από την προϋπολογισθείσα δαπάνη της προσβαλλόμενης διακήρυξης, και από τους ανωτέρω εκτιθέμενους αναλυτικούς, αριθμητικούς υπολογισμούς αποδεικνύεται ότι το ελάχιστο νόμιμο εργατικό κόστος, με την εισφορά υπέρ Ε.Λ.Π.Κ., δεν καλύπτεται από τον εκτιμώμενο προϋπολογισμό της υπό σύναψη σύμβασης. Συνεπώς, ο προσβαλλόμενος όρος της διακήρυξης δεν διασφαλίζει την υποχρέωση του οικονομικού φορέα τήρησης των διατάξεων της κείμενης εργατικής νομοθεσίας και των όρων της διακήρυξης, για την υποχρέωση υπολογισμού στην προσφερόμενη τιμή της ελάχιστης εργατικής και ασφαλιστικής δαπάνης.

13. Επειδή, από τα προεκτεθέντα προκύπτει, ότι το προϋπολογισθέν ποσό των 71.171,00 € υπολείπεται του πραγματικού νομίμου εργατικού κόστους, ανερχομένου σε 87.480,24 €, κατά 15.309,24 €, και, ως εκ τούτου, δεν επιτρέπει την διαμόρφωση βάσιμης και ρεαλιστικής οικονομικής προσφοράς, σύμφωνης με τους όρους της διακήρυξης, λαμβανομένου υπ' όψη ότι, σύμφωνα με τον σχετικό όρο 2.4.4 δ' της διακήρυξης, δεν επιτρέπεται η προσφερόμενη τιμή να υπερβαίνει την προϋπολογισθείσα δαπάνη της διακήρυξης.

14. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, το κρινόμενο αίτημα της προσφεύγουσας πρέπει να γίνει δεκτό, να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη κατά το σκεπτικό και να επιστραφεί το παράβολο της προσφεύγουσας.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την προδικαστική προσφυγή.

Ακυρώνει την προσβαλλόμενη κατά το σκεπτικό.

Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου στην προσφεύγουσα.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 18 Νοεμβρίου 2022 και εκδόθηκε στις 8 Δεκεμβρίου στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

Γαρυφαλλιά Σκιάνη

Ηλέκτρα Νικολακοπούλου